

# 職務質問における「停止」行為について (1)

## —行政警察活動と捜査に関する議論の一断面—

金子 章

第一章 はじめに

第二章 適正手続の保障—憲法との関係における刑訴法の位置づけ

第三章 職務質問における停止行為に関する理論的考察

第一節 序論

第二節 有形力の行使の可否—「停止」行為と「身柄拘束」処分との関係

第一款 従来の学説の議論状況

第二款 強制処分の意義に関する理論的分析・検討—逮捕の本来的意義を求めて

第一項 捜査の定義

第二項 逮捕・勾留の趣旨・目的 (以上、本号)

第三項 強制処分の意義

(一) 最高裁昭和51年3月16日決定の概観

(二) 最高裁昭和51年3月16日決定の分析・検討

第三款 その帰結

第三節 有形力の行使の許否

第一款 従来の理解とその問題点

第二款 検討

第四節 小括

第四章 おわりに—本稿の総括

## 第一章 はじめに

一 警察官職務執行法2条1項は、「警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由のある者又は既に行われた犯罪について、若しくは犯罪が行われようとしていることについて知っている者と認められる者を停止させて質問することができる。」として、職務質問に関する規定を設けている。

職務質問については、その結果として、特定の犯罪の嫌疑が生じれば、捜査が開始され得るという意味で、捜査の端緒の一つとして一般に位置づけられているところであるが<sup>1)</sup>、この職務質問に関して、かねてより特に議論の対象として取り上げられてきたのは、職務質問における「停止」行為をめぐる問題である。

本稿は、この問題に対して、従来の議論の蓄積を踏まえながら、あらためて理論的考察を試みようとするものである。

二 本稿の構成は、以下のとおりである。まずは、適正手続の保障の意義を確認することから始める（第二章）。そして、それに引き続いて、職務質問における停止行為について理論的考察を進めていくことにする（第三章）。

## 第二章 適正手続の保障—憲法との関係における刑訴法の位置づけ

一 憲法は、国家と国民との関係を規律する法規範であり、憲法13条によれば、国家は、個別的具体的な意味において、国民の基本的人権を保障すべき憲法上の義務を負うものと解される<sup>2)</sup>。

他方でまた、憲法13条によれば、国家は、「公共の福祉」を維持すべき憲法上の義務、すなわち、国民全体、あるいは、一般的抽象的な意味において、国民の基本的人権を保障すべき憲法上の義務を負うことが想定されているのである<sup>3)</sup>。

もっとも、このように、国家は、憲法上、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務を負うとするならば、国家が負うべき二つの義務の間において対立・矛盾が生じることは避け難いといえよう。そうだとすれば、国家が負うべき二つの義務の間において調整が図られるべきことをも当然に予定しているものと解されるのである。

以上からすれば、憲法 13 条の趣旨は、国家は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務を負うことを前提としながら、その相対立する二つの憲法上の義務の間の調整が図られるべきことを要請することにあるものと理解されるべきであろう（いわゆる「比例原則」）<sup>4)</sup>。

二 このような憲法 13 条の趣旨は、むしろ、刑事手続に関して妥当することになろう<sup>5)</sup>。すなわち、刑事手続に即していうならば、憲法 13 条は、刑事手続に関して、国家は、個人の基本的人権を保障すべき義務、および公共の福祉を維持すべき義務、具体的には、犯人を特定して処罰すること（刑法の具体的な実現・執行）を通じて、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護（将来の犯罪の防止・抑止）すべき義務<sup>6)</sup>を負うことを前提としながら、その相対立する二つの義務の間の調整が図られるべきことを要請しているのである<sup>7)</sup>。

この点、憲法 31 条は、刑事手続に関して、適正手続を要求するものであると一般に理解されているところであるが<sup>8)</sup>、この憲法 31 条の適正手続条項は、憲法 13 条に基づく比例原則が刑事手続に対しても適用されるべきことを、特に確認ないし強調したものとして理解されるべきであろう<sup>9)</sup>。

三 さて、このように、憲法 13 条ないし憲法 31 条は、刑事手続に関して、国家が負うべき二つの義務の間の調整を要求しているのであるが、それでは、国家が負うべき二つの義務の間の調整は、果たして、どのようになされるべきなのであろうか。

この点、上記のような憲法上の要請を受けて、刑訴法は、刑事手続に関して、国家が負うべき二つの義務の間の調整のあり方についての具体的かつ基本的な

枠組みを提示しているのである<sup>10)</sup>。刑法1条が、この法律は、「公共の福祉の維持」と「個人の基本的人權の保障」とを全うするものと指摘しているのは、このような趣旨を踏まえたものとして理解されるべきであろう<sup>11)</sup>。

### 第三章 職務質問における停止行為に関する理論的考察

#### 第一節 序論

警職法2条1項は、「警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由のある者又は既に行われた犯罪について、若しくは犯罪が行われようとしていることについて知っていると認められる者を停止させて質問することができる。」と規定しており、警察官が、職務質問において、対象者を停止させる権限を有することを認めている<sup>12)</sup>。

もっとも、このような警察官の停止行為をめぐるのは、次のような問題が存在している<sup>13)</sup>。

すなわち、第一に、停止行為には有形力行使は含まれるのか、停止行為として有形力を行使することは可能なのか、という問題である（有形力の行使の可否）。この点に関しては、従来から、学説上、活発な議論の対象となってきたこともあり、すでに様々な見解が主張されているところである<sup>14)</sup>。

第二に、第一の問題に関連するものとして、停止行為として有形力を行使することは可能であるとしても、それは無条件で許容されるのか、果たして、いかなる場合に許容されるのか、という問題である（有形力の行使の許否）。

このように、停止行為をめぐるのは、観点の異なる二つの問題が存在するが、以下では、それぞれの問題について、順次、分析・検討を加えていくことにしたい。

## 第二節 有形力の行使の可否—「停止」行為と「身柄拘束」処分との関係

### 第一款 従来の学説の議論状況

一 さて、警察官は、職務質問において、停止行為を行うにあたり、有形力を行使することは可能なのであろうか。

この点、まず以って、警職法2条3項の規定に着目しなければならない。同規定は、「刑事訴訟に関する法律の規定によらない限り、身柄を拘束され・・・することはない。」とし、警察官が「停止」行為を行うにあたって、それが「身柄拘束」処分に至ってはならないことを明確に示しているのである<sup>15)</sup>。すなわち、警察官は、職務質問において、停止行為を行うにあたり、有形力を行使することが可能かどうかは、結局のところ、「身柄拘束」処分との関係において、「停止」行為の意義をどのように理解するのか、換言すれば、「停止」行為と「身柄拘束」処分との関係をどのように理論的に整序するのか、という点にかかっているのである。

二 先に述べたとおり、警察官は、「停止」行為を行うにあたって、それが「身柄拘束」処分、すなわち、「逮捕」に至ってはならない<sup>16)</sup>。そして、そこにいう「逮捕」とは、一般に、対象者の身体・行動の自由という重要な権利利益を侵害・制約する処分として理解されているのである<sup>17)</sup>。

このような枠組みを前提とすれば、停止行為は、身体・行動の自由を侵害・制約しない範囲に限定されるものと考えるのが自然であろう。したがって、停止行為として有形力を行使する可能性も否定されることとなる<sup>18)</sup>。有形力の行使は、身体・行動の自由を侵害するものと言わざるを得ないからである<sup>19)</sup>。

しかしながら、このような見解に対しては、いくつかの疑問ないし批判が向けられている。

すなわち、第一に、この立場に立てば、有形力の行使の可能性は否定され、停止行為としては、せいぜい停止を呼びかけることができるに止まることになるが、このような結論は、非現実的であるというものである<sup>20)</sup>。

第二に、停止行為は行政警察活動としての法的性格を有するものと解されて

いるところ<sup>21)</sup>、行政法の基本原理たる侵害留保の原則、すなわち、行政が国民の自由や財産を侵害する場合には、国民の代表者によって構成される議会の承認たる法律の根拠が必要であるとする原則を前提とすれば<sup>22)</sup>、警職法2条1項が、明文をもって、停止行為に関する根拠規定を設けている以上、当然に、停止行為は、身体・行動の自由の侵害・制約の可能性を包含しており、したがって、有形力行使の可能性を認めているはずであるというものである<sup>23)</sup>。

三 このような疑問ないし批判を受けて、学説上は、停止行為として、身体・行動の自由を侵害・制約する可能性を肯定する見解が一般的になっている<sup>24)</sup>。もっとも、問題は、そのような帰結をいかようにして導き出すのか、という点にある。この点に関しては、大きく二つの方向性が考えられるように思われる。

一つは、停止行為の中に、身体・行動の自由を侵害・制約する可能性を例外的に認めようとするものである。犯罪の重大性と嫌疑の濃厚性が認められる場合に、例外的に、身体・行動の自由の侵害・制約の可能性を肯定しようとする見解<sup>25)</sup>は、その一例であろう<sup>26)</sup>。

しかしながら、このような見解には、疑問がある。すなわち、何故に、そのような場合に限って、例外の余地が認められることになるのか、その理論的根拠が必ずしも明らかではないのである<sup>27)</sup>。

他方で、もう一つは、正面から、「逮捕」と「停止」行為の意義・内容の区別を図ろうとするものである。すなわち、「逮捕」は、単に、身体・行動の自由を侵害・制約するものではなく、「ある程度の時間的継続性」を備えたものとしたうえで、「停止」行為には短時間の身体・行動の自由の侵害・制約が含まれるとするのが<sup>28)</sup>、それである。

たしかに、法文が、「身柄拘束」と「停止」とを明確に区別している以上、それぞれの意義・内容の棲み分けを正面から図ろうとするその方向性自体は、妥当なものを含んでいると思われる。しかしながら、「身柄拘束」と「停止」との区別を、身体・行動の自由の侵害・制約の「程度」によって区別することの当否はさておくとともに、そもそも、そこで示された「逮捕」の意義・内容

が、従来の一般的な理解と抵触することは、否定しがたいものといえよう。

四 以上のように、学説上は、停止行為として、身体・行動の自由を侵害・制約する可能性を否定する見解に対しては、疑問ないし批判が向けられており、むしろ、それを肯定する見解が一般的である。しかしながら、他方で、そのように身体・行動の自由を侵害・制約する可能性を肯定する立場に立ったとしても、そのような帰結をいかようにして理論的に導き出すか、あるいは正当化するかという点からすれば、やはり疑問が残るものと言わざるを得ないのである。

このように、有形力の行使の可否をめぐる議論は、いまだ収斂するところを知らず、むしろ、閉塞化の様相すら呈している。そして、このような状況を生ぜしめた根本的な要因は、有形力の行使の可否をめぐる議論の出発点ないし原点たる、「身柄拘束」ないし「逮捕」の理解に求められるのではないかと思われるのである<sup>29)</sup>。

それでは、「逮捕」とは、本来、どのように理解されるべきものであったのであろうか。もっとも、この点を考察するにあたっては、「逮捕」の意義に関する理解の前提ないし基礎として、それとも密接に関係する「強制処分」の意義・内容についても解明しておく必要があるというべきであろう。

そこで、次款では、「逮捕」の本来的意義について、「強制処分」の意義・内容にまで遡りながら、改めて、かつ根本的に、検討を加えていくことにしたい<sup>30)</sup>。

## 第二款 強制処分の意義に関する理論的分析・検討—逮捕の本来的意義を求めて

### 第一項 捜査の定義

国家は、公共の福祉を維持すべき義務、すなわち、具体的には、犯人を特定して処罰することによって、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保障すべき義務を負っていることは、先に述べたとおりであるが、国家による捜査活動<sup>31)</sup>は、まさに、国家がこのような義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけられるべきものである<sup>32)</sup>。

このような理解を前提にすれば、捜査に関しては、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための活動であると定義しておくのが妥当であるように思われる<sup>33)</sup>。

## 第二項 逮捕・勾留の趣旨・目的

一 さて、刑訴法上、被疑者の身体・行動の自由を侵害・制約する身柄拘束処分として<sup>34)</sup>、逮捕・勾留という処分が規定されているが、この逮捕・勾留という処分をめぐっては、逮捕・勾留の目的いかん、すなわち、そもそも逮捕・勾留は何のために存在しているのか、という基本的な問題が提起されてきた<sup>35)</sup>。

この点、逮捕・勾留という処分が、それ自体として独立した捜査処分としての性格ないし性質を有していることは明らかであり、異論のないところであろう<sup>36)</sup>。そして、逮捕・勾留が捜査処分としての性格を持つとするならば、それは、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための処分として位置づけられなければならないはずである。

このように考えれば、結局のところ、逮捕・勾留は、供述証拠の収集・保全に向けられた処分、すなわち、被疑者の取調べを目的とする処分であると解するのが妥当であるように思われる<sup>37)38)39)40)</sup>。

二 もっとも、これに対して、学説上は、逮捕・勾留の要件として、被疑者の逃亡の虞および罪証隠滅の虞が掲げられていることを論拠として<sup>41)</sup>、逮捕・勾留は、被疑者の逃亡や罪証隠滅の防止を目的とする処分であると理解する見解が一般的であるといえよう<sup>42)</sup>。

しかしながら、このような見解が採用する論理には、根本的な疑問がある。すなわち、逮捕・勾留は何のために存在しているのかという逮捕・勾留の目的に関する問題と逮捕・勾留はどのような場合に行うことが許されるのかという逮捕・勾留の要件に関する問題とは別個の問題であり、理論的には明確に区別されるべきであるにもかかわらず、上記見解においては、それが混同されてい

る嫌いがあるのである。

逮捕・勾留の要件というものは、まさに、逮捕・勾留の「要件」に過ぎないのであって、そこから、逮捕・勾留の「目的」に関して、一定の帰結が導かれるわけではない。逮捕・勾留の要件として、被疑者の逃亡の虞および罪証隠滅の虞が掲げられているとしても、そのことは、逮捕・勾留の目的は被疑者の逃亡や罪証隠滅の防止にあるとの帰結を導く論拠にはなり得ないのである<sup>43)44)</sup>。

そもそも、逮捕・勾留の目的はいかなる点にあるのかという問題は、それ自体として正面から検討されるべき性質のものであり、そこでは、逮捕・勾留の捜査としての性格というものに着目して論じられる必要があるというべきなのである<sup>45)46)</sup>。

- 1) 安富潔『刑事訴訟法』(2009年) 57頁、福井厚『刑事訴訟法講義(第5版)』(2012年) 85頁、田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(1996年) 52 - 53頁など。なお、犯罪捜査規範 59条参照。
- 2) 憲法13条の法的性格については、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第5版)』(2011年) 118頁以下、高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第2版)』(2010年) 131頁以下、伊藤正己『憲法(第3版)』(1995年) 228頁以下、大石眞『憲法講義Ⅱ』(2007年) 46頁以下、高井裕之「幸福追求権」大石眞=石川健治編『憲法の争点(新・法律学の争点シリーズ3)』(2008年) 92 - 93頁、浦部法穂『憲法学教室(全訂第2版)』(2006年) 42頁以下、渋谷秀樹『憲法』(2007年) 172頁以下、渋谷秀樹=赤坂正浩『憲法1人権(第4版)』(2010年) 242頁以下〔赤坂正浩〕、安西文雄=卷美矢紀=穴戸常寿『憲法学読本』(2011年) 82頁以下〔卷美矢紀〕、松井茂記『日本国憲法(第3版)』(2007年) 335頁以下、小嶋和司=大石眞『憲法概観(第7版)』(2011年) 86頁以下、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(1994年) 328頁以下【以下、「芦部①」として引用】、芦部信喜『憲法Ⅱ人権(1)』(1978年) 137頁以下〔種谷春洋〕など参照。
- 3) 高木光『プレップ行政法(第2版)』(2012年) 61頁参照。
- 4) 芝池義一『行政法総論講義(第4版補訂版)』(2006年) 84頁、藤田宙靖『行政法Ⅰ(総論)(第4版改訂版)』(2005年) 100頁、小早川光郎『行政法(上)』(1999年) 144頁、今村成和(畠山武道補訂)『行政法入門(第8版補訂版)』(2007年) 90頁、大浜啓吉『行政法総論(第3版)』(2012年) 24、278頁、曾和俊文ほか『現代行政法入門(第2版)』(2011年) 162頁〔亘格〕、宮田三郎『警察法』(2002年) 70頁【以下、「宮田①」として引用】、宮田三郎『実践警察法』(2012年) 39頁、高木光「比例原則の実定化—『警察法』と憲法の関係についての覚書—」

- 『現代立憲主義の展開 (芦部信喜先生古稀祝賀) (下)』(1993 年) 228 頁、渋谷・前掲注 2) 244 頁、渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方 (第 2 版)』(2010 年) 154 頁、北村和生ほか『行政法の基本 (第 4 版)』(2010 年) 18、170 頁 [高橋明男]、阿部泰隆『行政法解釈学 I』(2008 年) 395 頁、高田敏編『新版行政法』(2009 年) 42 - 43 頁、藤井俊夫『行政法総論 (第 5 版)』(2010 年) 13 頁、宇賀克也編『ブリッジブック行政法 (第 2 版)』(2012 年) 30 頁 [横田光平]、宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』(2011 年) 23 頁など。なお、比例原則一般については、萩野聡「行政法における比例原則」芝池義一=小早川光郎=宇賀克也編『行政法の争点 (第 3 版)』(2004 年) 22 頁、川上宏二郎「行政法における比例原則」成田頼明編『行政法の争点 (新版)』(1990 年) 18 頁、須藤陽子「比例原則」法学教室 237 号 (2000 年) 18 頁 [須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(2010 年) 所収] など参照。
- 5) 鈴木茂嗣「憲法と刑事訴訟法との関係」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』(1979 年) 4、6 頁 [鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造 (上巻)』(1996 年) 所収] 【以下、「鈴木①」として引用】、鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(1979 年) 5 頁 【以下、「鈴木②」として引用】、鈴木茂嗣『刑事訴訟法 (改訂版)』(1990 年) 17 頁 【以下、「鈴木③」として引用】、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』(1988 年) 4-5 頁 【以下、「鈴木④」として引用】 参照。
- 6) 長沼範良「刑事訴訟法の目的」法学教室 197 号 (1997 年) 26 頁、田中開ほか『刑事訴訟法 (第 3 版)』(2008 年) 5 頁 [長沼範良]、棚町祥吉『逮捕 (改訂)』(1992 年) v 頁参照。平川宗信『刑事法の基礎』(2008 年) 102 - 107 頁、山口厚『刑法』(2005 年) 4 - 6 頁、山口厚『刑法総論 (第 2 版)』(2007 年) 2 - 6 頁、西田典之『刑法総論 (第 2 版)』(2010 年) 30 - 31 頁、林幹人『刑法総論 (第 2 版)』(2008 年) 12 - 13 頁なども参照。
- 7) 鈴木②・前掲注 5) 5 - 7、19、140 頁、鈴木③・前掲注 5) 17 頁、鈴木④・前掲注 5) 4 - 5 頁、鈴木①・前掲注 5) 4 頁参照。井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』(1985 年) 371 頁も参照。
- 8) 芦部 (高橋補訂)・前掲注 2) 235 頁、芦部①・前掲注 2) 139 頁、高橋・前掲注 2) 253 頁、浦部・前掲注 2) 282 頁、野中俊彦ほか『憲法 I (第 5 版)』(2012 年) 410 頁 [高橋和之]、辻村みよ子『憲法 (第 4 版)』(2012 年) 269 頁、松井・前掲注 2) 517 頁、長谷部恭男『憲法 (第 5 版)』(2011 年) 245 頁、赤坂正浩『憲法講義 (人権)』(2011 年) 170 頁、大石・前掲注 2) 80 頁、鈴木②・前掲注 5) 2 頁、井上・前掲注 7) 371 頁、田宮・前掲注 1) 4 頁、田宮裕『捜査の構造』(1971 年) 120 頁、松尾浩也=田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』(1966 年) 1 頁、白取祐司『刑事訴訟法 (第 6 版)』(2010 年) 75 頁、三井誠『刑事手続法 II』(2003 年) 408 頁、三井誠「刑事訴訟法の基本原則」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法の争点 (第 3 版)』(2002 年) 9 頁、福井・前掲注 1) 13 頁、池田修=前田雅英『刑事訴訟法講義 (第 4 版)』(2012 年) 19 頁、安富・前掲注 1) 2 頁、上口裕『刑事訴訟法 (第 2 版)』(2011 年) 6 頁、上口裕ほか『刑事訴訟法 (第 4 版)』(2006 年) 17 頁 [後藤昭]、田中ほか・前掲注 6)

- 2頁〔長沼範良〕、渡辺直行『論点中心刑事訴訟法講義（第2版）』（2005年）6頁【以下、「渡辺①」として引用】、渡辺直行『刑事訴訟法（補訂版）』（2011年）3頁【以下、「渡辺②」として引用】、渥美東洋『全訂刑事訴訟法（第2版）』（2009年）12頁、小林充『刑事訴訟法（新訂版）』（2009年）1頁、加藤康榮『刑事訴訟法（第2版）』（2012年）2頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』（1993年）2頁、村井敏邦編『現代刑事訴訟法（第2版）』（1998年）26頁〔大出良知〕、椎橋隆幸編『ブリッジブック刑事裁判法』（2007年）12頁〔椎橋隆幸〕、平川・前掲注6）204 - 205頁、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造（1）」法学教室283号（2004年）59頁【以下、「酒巻①」として引用】、酒巻匡「刑事手続の目的と基本設計図」法学教室355頁（2010年）36頁、安西＝卷＝宍戸・前掲注2）191頁〔宍戸常寿〕、宍戸・前掲注4）38頁など。なお、最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁も参照。
- 9) 憲法31条に関しては、一般に、その趣旨として、適正手続の保障とならんで、手続法定主義が指摘ないし強調されている（酒巻①・前掲注8）59頁、酒巻匡「捜査手続（1）総説」法学教室356号（2010年）65頁、田宮・前掲注1）4頁、田中ほか・前掲注6）2頁〔長沼範良〕、白取・前掲注8）75頁、福井・前掲注1）4 - 5頁、上口・前掲注8）2頁、平川・前掲注6）209頁、芦部（高橋補訂）・前掲注2）235頁など）。しかしながら、憲法31条が適正手続を保障しているとするならば、その要請を具現化するものとしての法律が制定されなければならないのは当然のことであるといえよう。すなわち、憲法上の適正手続の要請には、手続法定主義の要請が当然に含まれているのである。そうだとすれば、憲法31条の趣旨としては、適正手続の保障を指摘すれば足りるのであり、それとは別に、取り立てて、手続法定主義なるものを指摘ないし強調する必要性は乏しいのではないかと思われる。
- 10) 井戸田・前掲注8）2頁、鈴木③・前掲注5）4頁参照。宮下明義『新刑事訴訟法逐條解説Ⅱ』（1949年）4頁も参照。なお、泉徳治「司法が担う役割」法政法科大学院紀要5巻1号（2009年）16頁も参照。
- 11) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基礎理論』松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点（新版）』（1991年）14頁〔鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造（上巻）』（1996年）所収〕参照。
- 12) 加藤・前掲注8）34 - 35頁、田宮・前掲注8）120頁など。
- 13) 加藤・前掲注8）34頁、五十嵐義治「職務質問のための停止行為の許容限度」石川達紘編『刑事裁判実務大系（10）警察』（1993年）19 - 24頁、小川新二「判批」警察学論集54巻10号（2001年）218頁、平良木登規男『捜査法（第2版）』（2000年）51頁参照。
- 14) 洲見光男「職務質問と所持品検査」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点（第3版）』（2002年）52頁、白取・前掲注8）105頁、田口守一『刑事訴訟法（第6版）』（2012年）61頁、田宮・前掲注1）58頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』（2007年）6 - 7頁、五十嵐・

- 前掲注13) 21頁、田宮裕=河上和雄編『大コンメンタール警察官職務執行法』(1993年) 109-120頁〔渡辺咲子〕など参照。
- 15) 三井誠『刑事手続法(1)(新版)』(1997年) 95頁、長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』(2005年) 46頁〔長沼範良〕、酒巻匡「行政警察活動と捜査(1)」法学教室285号(2004年) 49頁、池田=前田・前掲注8) 100頁、白取・前掲注8) 104頁、鈴木③・前掲注5) 70頁、水谷規男『疑問解消刑事訴訟法』(2008年) 19頁、長井圓「職務質問のための停止」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第7版)』(1998年) 6-7頁、鳥伸一「職務質問における有形力の行使」平野龍一=松尾浩也=田宮裕=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第5版)』(1986年) 20頁など。
- 16) 酒巻・前掲注15) 49頁、田口・前掲注14) 61頁、長沼ほか・前掲注15) 47頁〔長沼範良〕、田中ほか・前掲注6) 56頁〔田中開〕、白取・前掲注8) 105頁、渥美・前掲注8) 30頁、上口・前掲注8) 66-67頁、小林・前掲注8) 74頁、光藤・前掲注14) 10頁、緑大輔「行政警察活動と司法警察活動—職務質問をめぐる」法学セミナー665号(2010年) 113頁、鳥・前掲注15) 20頁、五十嵐・前掲注13) 18頁、河上和雄「職務質問のための停止に用い得る有形力の限界—東京高裁昭和60年9月5日判決—」判例タイムズ592号(1986年) 18、20頁。
- 17) 酒巻・前掲注15) 49頁、酒巻①・前掲注8) 60頁、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(2)」法学教室284号(2004年) 68頁、田中ほか・前掲注6) 62-63、68頁〔田中開〕など。
- 18) 平野龍一『刑事訴訟法』(1958年) 87頁、井上正治「捜査の構造と人権の保障」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座(第1巻)』(1963年) 115頁。なお、警察当局の立案者も、このような理解に立っていたことを指摘するものとして、光藤・前掲注14) 6頁、田宮=河上編・前掲注14) 109頁〔渡辺咲子〕参照。
- 19) 川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室259号(2002年) 77頁、長沼ほか・前掲注15) 46頁〔長沼範良〕。
- 20) 田中ほか・前掲注6) 57頁〔田中開〕、川出・前掲注19) 76頁、田宮・前掲注1) 57-58頁、三井・前掲注15) 96頁、池田=前田・前掲注8) 101頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法(第2版)』(2008年) 79頁、渡辺②・前掲注8) 78頁、鳥・前掲注15) 20-21頁、川端博=田口守一編『基本問題セミナー刑事訴訟法』(1994年) 48頁〔多田辰也〕、五十嵐・前掲注13) 19、22頁、上田勇夫「職務質問と犯罪捜査」河上和雄編『刑事裁判実務大系(11)犯罪捜査』(1991年) 9頁、中野目善則「職務質問・所持品検査・自動車検問」現代刑事法13号(2000年) 107頁など。
- 21) 川出・前掲注19) 76頁、酒巻・前掲注15) 48頁、酒巻匡「捜査手続(2)総説(続)・捜査の端緒」法学教室357号(2010年) 74頁【以下、「酒巻②」として引用】、酒巻匡「捜

- 査』の定義について」研修674号(2004年)5頁【以下、「酒巻③」として引用】、田口・前掲注14)61頁、田口守一「職務質問と所持品検査」田口守一=寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』(2004年)2-3頁、上口・前掲注8)65頁、加藤・前掲注8)34頁、寺崎・前掲注20)80頁、田中ほか・前掲注6)56頁【田中開】、小林・前掲注8)73頁、三井誠=酒巻匡『入門刑事手続法(第5版)』(2010年)8頁、平良木登規男『刑事訴訟法I』(2009年)101頁、関正晴編『刑事訴訟法』(2012年)51頁【滝沢誠】、川端=田口編・前掲注20)48頁【多田辰也】、大谷直人「職務質問における『停止』の限界」新関雅夫ほか『増補令状基本問題(上)』(1996年)67頁、安富・前掲注1)57-59頁、渡辺②・前掲注8)76頁、福井・前掲注1)85頁、井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法の争点(第3版)』(2002年)46頁【井上正仁『強制捜査と任意捜査』(2006年)所収】、田宮・前掲注8)116頁、洲見・前掲注14)52頁、長沼ほか・前掲注15)49頁【大澤裕】、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』(2011年)26頁、佐々木正輝=猪俣尚人『捜査法演習』(2008年)49頁【佐々木正輝】、上田信太郎「職務質問のための実力の行使」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第8版)』(2005年)7頁、江口和伸「職務質問のための実力の行使」井上正仁=大澤裕=川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選(第9版)』(2011年)7頁、小木曾綾「職務質問・所持品検査と捜査」法学教室364号(2011年)6-7頁、水谷・前掲注15)14-15、18、20-21頁、柏井康夫「職務質問」平野龍一=松尾浩也=田宮裕編『刑事訴訟法判例百選(第3版)』(1976年)32頁、田辺泰弘「職務質問・所持品検査—検察の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続I』(2002年)164頁、木藤繁夫「職務質問・所持品検査・自動車検問—検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続(上)』(1988年)105頁、堀籠幸男「コメント1」三井誠ほか編『刑事手続(上)』(1988年)119頁、田宮・前掲注8)116頁、泉山禎治「職務質問における停止の限界」司法研修所論集41号(1968年)30頁、安富潔「職務質問のための有形力行使」警察学論集44巻7号(1991年)133頁、半谷恭一「職務質問」熊谷弘ほか編『捜査法大系I』(1972年)10頁、福井厚編『ベーシックマスター刑事訴訟法』(2009年)54頁【緑大輔】、寺崎嘉博編『刑事訴訟法講義』(2007年)13頁【加藤克佳】、村井編・前掲注8)72頁【川崎英明】、河上和雄『詳釈・警察官職務執行法(全訂6版)』(2011年)43、54-56頁【以下、「河上①」として引用】、竹中ゆかり『マスター警察行政法』(2010年)22頁、田宮=河上編・前掲注14)85-86頁【河上和雄】、河上和雄「任意同行をめぐる若干の問題」警察研究41巻1号(1970年)42頁【以下、「河上②」として引用】など。
- 22) 塩野宏『行政法I(第5版)』(2009年)71頁、芝池義一『行政法読本(第2版)』(2010年)58頁、原田尚彦『行政法要論(全訂第7版補訂2版)』(2012年)84頁、高木・前掲注3)62-63頁、大浜・前掲注4)84頁、室井力編『新現代行政法入門(1)(補訂版)』(2005年)22頁【紙野健二】、宇賀克也『行政法』(2012年)14頁、宇賀克也『行政法概説I(第4版)』(2011年)31頁、小早川・前掲注4)95頁、川出・前掲注19)75頁、酒巻・前掲注15)

- 48頁、長沼ほか・前掲注15) 52 - 53頁〔佐藤隆之〕、福井・前掲注1) 85頁。
- 23) 川出・前掲注19) 76頁、酒巻・前掲注15) 49 - 50頁、上口・前掲注8) 66頁、三井・前掲注15) 96頁、土本武司『刑事訴訟法要義』(1991年) 129頁、古江・前掲注21) 26頁、五十嵐・前掲注13) 22頁。
- 24) 少なくとも、判例もまた、同様の立場に立っている。例えば、質問中に逃げ出した者を追跡し、背後から腕に手をかけて引きためた行為を適法とした最決昭和29年7月15日刑集8巻7号1137頁、酒気帯び運転の疑いがある者が、自動車に乗り込んで発進させようとした際に、窓から手を入れ、エンジンキーを回転してスイッチを切り、運転を制止した行為を適法とした最決昭和53年9月22日刑集32巻6号1774頁、覚せい剤使用の疑いがある者が自動車を発進させるおそれがあったため、エンジンキーを引き抜いて取り上げた行為につき適法とした最決平成6年9月16日刑集48巻6号420頁など参照。
- 25) 松尾浩也『刑事訴訟法(上)(新版)』(1999年) 44頁。
- 26) その他、例外を認めるものとして、鈴木③・前掲注5) 70頁、鈴木④・前掲注5) 81 - 82頁、三井・前掲注15) 96頁、白取・前掲注8) 105頁、宍戸基男ほか編『警察官権限法注解(上巻)(新版)』(1977年) 40頁、光藤・前掲注14) 11頁、長沼ほか・前掲注15) 46頁〔長沼範良〕など。
- 27) 白取・前掲注8) 105頁参照。
- 28) 川出・前掲注19) 77頁。なお、酒巻・前掲注15) 51頁参照。島・前掲注15) 21頁も参照。
- 29) なお、上記のように、「逮捕」と「停止」行為の意義・内容の区別を正面から区別しようとする見解に立つ論者は、強制処分の定義についても検討を加えているが(川出敏裕「任意捜査の限界」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集(下巻)』(2006年) 23頁以下参照)、その背景には、同様の問題意識があったものと見ることもできるようなにも思われる。
- 30) なお、拙稿「刑罰法における『強制処分』についての一考察—『強制処分』の意義に関する議論を中心に—」横浜国際経済法学20巻2号(2011年) 1頁以下も参照。
- 31) 刑罰法189条2項、191条1項、197条1項参照。
- 32) なお、最判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁参照。
- 33) これに対し、従来の議論では、捜査とは、公訴の提起・追行を目的とする活動であると定義されるのが一般的であったものと思われる(平野・前掲注18) 82頁、団藤重光『刑事訴訟法綱要(7訂版)』(1967年) 317頁、高田卓爾『刑事訴訟法(2訂版)』(1984年) 312頁、平場安治『改訂刑事訴訟法講義』(1955年) 325頁、三井・前掲注15) 75頁、白取・前掲注8) 83頁、福井・前掲注1) 72頁、鈴木③・前掲注5) 59頁、田宮・前掲注1) 40頁、寺崎・前掲注20) 87頁、池田=前田・前掲注8) 72頁、小林・前掲注8) 64頁、

- 安富・前掲注1) 37頁、安富潔『刑事訴訟法講義(第2版)』(2009年)43頁、寺崎編・前掲注21) 9頁〔加藤克佳〕、庭山英雄＝岡部泰昌編『刑事訴訟法(第3版)』(2006年)19頁〔庭山英雄〕、長井圓『LSノート刑事訴訟法』(2008年)7頁、酒巻①・前掲注8) 59頁、酒巻・前掲注9) 63頁、酒巻②・前掲注21) 75頁、酒巻③・前掲注21) 3頁、川出・前掲注19) 73頁、緑・前掲注16) 111頁、伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法(新版)(第3巻)』(1996年)5頁〔伊藤栄樹＝河上和雄〕、後藤昭＝白取祐司編『新コンメンタール刑事訴訟法』(2010年)412頁〔多田辰也〕、443頁〔後藤昭〕、石丸俊彦ほか『刑事訴訟の実務(上)(3訂版)』(2011年)203頁〔川上拓一〕、平場安治ほか『注解刑事訴訟法(中巻)(全訂新版)』(1982年)3頁〔高田卓爾〕、柏木千秋『刑事訴訟法』(1970年)32頁、横川敏雄『刑事訴訟』(1984年)95頁、関編・前掲注21) 7頁〔関正晴〕、川端＝田口編・前掲注20) 61頁〔垣花豊順〕、佐々木＝猪俣・前掲注21) 75頁〔猪俣尚人〕、小暮得雄「現行犯の『制止』」法律のひろば21巻5号(1968年)52頁など。なお、井戸田・前掲注8) 25頁。また、捜査の定義に関連する問題につき、酒巻③・前掲注21) 3頁以下参照。
- 34) 酒巻匡「身柄拘束処分に伴う諸問題」法学教室291号(2004年)94頁【以下、「酒巻④」として引用】、酒巻匡「捜査手続(3)被疑者の身体拘束」法学教室358号(2010年)67頁【以下、「酒巻⑤」として引用】、田中ほか・前掲注6) 67-68頁〔田中開〕など。
- 35) 三井・前掲注15) 9頁、白取・前掲注8) 157頁、福井・前掲注1) 111-112頁、高田・前掲注33) 349頁など参照。
- 36) 酒巻①・前掲注8) 60頁、田中ほか・前掲注6) 61頁〔田中開〕、田口・前掲注14) 45頁、上口・前掲注8) 60頁、池田＝前田・前掲注8) 81-82頁、井戸田・前掲注8) 94頁、藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第3巻)』(1996年)156頁〔馬場義宣〕、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第2版)(第4巻)』(2012年)162頁〔馬場義宣＝河村博〕、椎橋隆幸編『よくわかる刑事訴訟法』(2009年)32頁〔大野正博〕など。
- 37) 実務では、逮捕・勾留は取調べのためのものとして理解されているとされる。平川・前掲注6) 227、244頁、石井一正「違法逮捕と勾留」佐伯千仞編『続・生きている刑事訴訟法』(1970年)59頁参照。
- 38) 刑訴規則143条の3は、「被疑者が逃亡する虞がなく、かつ罪証を隠滅する虞がない等」と規定しているが、「被疑者が逃亡する虞」や「罪証を隠滅する虞」は取調べの必要性を基礎づける類型的事情の例示と見るべきであり、「等」とは、その他の取調べの必要性を基礎づける類型的事情がないことを意味するものと解すべきであろう。したがって、逆に言えば、「被疑者が逃亡する虞」、「罪証を隠滅する虞」、ないし、その他の取調べの必要性を基礎づける類型的事情の存在が、逮捕の要件として必要となるものというべきである。
- 39) 逮捕・勾留が認められると、取調べのための身柄拘束が行われることになるが、公共の

福祉の維持と個人の基本的な人権の保障の調整という見地から、取調べのための身柄拘束は、一定の期間に制限されている。したがって、あくまでも、起訴前の身柄拘束期間は、取調べのための期間として位置づけられるべきものである。なお、最判昭和37年7月3日民集16巻7号1408頁参照。また、逮捕・勾留の目的に関する通説的立場からの起訴前の身柄拘束期間の趣旨に関する理解につき、例えば、松尾・前掲注25)54-55、104頁、川出敏裕『別件逮捕・勾留の研究』(1998年)68-69頁【以下、「川出①」として引用】、川出敏裕「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」刑法雑誌35巻1号(1995年)4頁【以下、「川出②」として引用】、酒巻匡「供述証拠の収集・保全(3)」法学教室290号(2004年)79頁【以下、「酒巻⑥」として引用】、酒巻匡「捜査手続(4)供述証拠の収集・保全」法学教室360号(2010年)63頁【以下、「酒巻⑦」として引用】、「論争・刑事訴訟法(16)〈対談〉接見交通権と取調べ」法学セミナー579号(2003年)92-93頁〔長沼範良〕、長沼ほか・前掲注15)97頁〔大澤裕〕、101頁〔佐藤隆之〕、佐藤隆之「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第8版)』(2005年)41頁、長沼範良「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」井上正仁=大澤裕=川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選(第9版)』(2011年)40頁など参照。

- 40) なお、犯罪捜査規範120条3項参照。本条項は、「被疑者を緊急逮捕した場合は・・・身柄を留置して取り調べる必要がないと認め、被疑者を釈放したときにおいても、緊急逮捕状の請求をしなければならない」としているが、これは、逮捕の趣旨・目的は取調べにあることを前提ないし示唆しているようにも見える。
- 41) なお、刑訴規則143条の3の「等」の理解につき、三井・前掲注15)10頁、福井・前掲注1)111頁、小林・前掲注8)83頁、後藤昭『捜査法の論理』(2001年)62頁、佐々木史朗「逮捕・勾留の必要性」新関雅夫ほか『増補令状基本問題(上)』(1996年)102頁、小林充「正当な理由のない捜査官への不出頭を理由とする逮捕の可否」新関雅夫ほか『増補令状基本問題(上)』(1996年)110頁、渡辺修『被疑者取調べの法的規制』(1992年)7頁、平良木・前掲注21)113頁、長井・前掲注33)38頁など参照。
- 42) 上口・前掲注8)87頁、白取・前掲注8)157頁、田口・前掲注14)71頁、長沼ほか・前掲注15)93頁〔長沼範良〕、97-98頁〔大澤裕〕、池田=前田・前掲注8)130頁、福井・前掲注1)177頁、福井編・前掲注21)85頁〔山田直子〕、安富・前掲注1)81頁、酒巻⑥・前掲注39)79頁、酒巻④・前掲注34)94頁、酒巻⑤・前掲注34)69頁、酒巻⑦・前掲注39)62頁、田宮・前掲注1)74頁、光藤・前掲注14)53頁、椎橋編・前掲注8)67頁〔洲見光男〕、寺崎・前掲注20)134頁、松尾・前掲注25)52頁、鈴木③・前掲注5)77頁、鈴木④・前掲注5)72頁、小林・前掲注8)82頁、椎橋編・前掲注36)58頁〔滝沢誠〕、三井=酒巻・前掲注21)24頁、三井・前掲注15)132頁、井戸田・前掲注8)95頁、椎橋隆幸編『プライマリー刑事訴訟法(第4版)』(2012年)84頁〔香川喜八朗〕、水谷・前掲注15)55-56、67、81頁、山本正樹ほか『プリメール刑事訴訟法』

(2007年) 43頁〔松田岳士〕、渡辺①・前掲注8) 65頁、渡辺②・前掲注8) 128頁、多田辰也「刑事訴訟における被疑者取調べの地位—取調べの比重軽減化への一試論—」刑法雑誌35巻1号(1995年)17頁、井上・前掲注18) 119頁、熊本典道「被疑者取調べ—弁護の立場から—三井誠ほか編『刑事手続(上)』(1988年)192頁、渥美・前掲注8) 51-52、73頁、村井編・前掲注8) 53頁〔大出良知〕、川出①・前掲注39) 20頁、川出②・前掲注39) 3頁、川出敏裕「身柄拘束制度の在り方」ジュリスト1370号(2009年)107、114頁、三神正一郎「身柄拘束被疑者の取調べ受忍義務について」山梨学院大学法学論集65号(2010年)131頁、山口直也=上田信太郎編『ケイスメソッド刑事訴訟法』(2007年)130、138、144、177頁〔正木祐史〕、関編・前掲注21) 50、58頁〔滝沢誠〕など。

- 43) したがって、同様に、逮捕・勾留の要件として被疑者の逃亡の虞および罪証隠滅の虞が挙げられているとしても、そのことは、逮捕・勾留の目的は被疑者の取調べにはないと の帰結(上口・前掲注8) 88頁、田口・前掲注14) 71頁、渡辺①・前掲注8) 65頁、渡辺②・前掲注8) 128頁、後藤・前掲注41) 62頁、安富・前掲注1) 202頁など参照)を導く論拠にもなり得ないのである。
- 44) このように、従来の通説が、理論的に問題を抱えているにも関わらず、なお通説たり得ているのは、逮捕・勾留によって、逃亡の防止や罪証隠滅の防止が図られているという側面があるからかも知れない。たしかに、逮捕・勾留にそのような側面があることは否定できないであろう。しかしながら、それは、逮捕・勾留に伴う事実上の効果に過ぎず、これをもって、逃亡および罪証隠滅の防止を逮捕・勾留の目的とすることは本末転倒というべきであろう。
- 45) なお、被疑者の任意同行であっても、身柄拘束と評価される事態に至れば、それは実質的に逮捕がなされたものと一般に考えられている(田中ほか・前掲注6) 92頁〔田中開〕、田口・前掲注14) 120頁、上口・前掲注8) 76頁、安富・前掲注1) 47頁、光藤・前掲注14) 22-25頁、松尾・前掲注25) 66頁、白取・前掲注8) 111-112頁、平良木・前掲注21) 107-108頁、河村博『公判に強い捜査実務101問(改訂第4版)』(2009年)92-93頁、佐々木=猪俣・前掲注21) 98-118頁〔佐々木正輝〕、増井清彦『犯罪捜査101問(補訂第6版)』(2010年)94-95頁、渡辺①・前掲注8) 87頁、渡辺②・前掲注8) 55-56頁、酒巻匡「供述証拠の収集・保全(2)」法学教室288号(2004年)71頁、酒巻⑦・前掲注39) 56、59頁、酒巻匡「任意取調べの限界について—二つの最高裁判例を素材として—」神戸法学年報7号(1991年)288頁、長沼ほか・前掲注15) 64頁〔大澤裕〕、佐藤隆之「在宅被疑者の取調べとその限界(一)」法学68巻4号(2004年)1頁、鈴木③・前掲注5) 72-73頁、鈴木④・前掲注5) 59-60頁、渡辺咲子『刑事訴訟法講義(第6版)』(2012年)58-59頁、長井・前掲注33) 52頁、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法(第4版)』(2009年)376頁、小田健司「任意同行と逮捕の始期」新聞

雅夫ほか『増補令状基本問題(上)』(1996年)131頁、福井編・前掲注21)48頁〔緑大輔〕、浅田和茂「宿泊を伴う取調べ」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第6版)』(1992年)17頁など。他方で、任意同行の目的は取調べにあると考えられている(「論争・刑事訴訟法(16)〈対談〉接見交通権と取調べ」法学セミナー579号(2003年)92頁〔長沼範良〕、上口・前掲注8)118頁、安富・前掲注1)46頁、光藤・前掲注14)95頁、松尾・前掲注25)64頁、松尾浩也「刑事訴訟法を学ぶ(第2回)」法学教室3号(1980年)49頁、田宮・前掲注1)128頁、三井・前掲注15)83-84、128頁、鈴木④・前掲注5)59頁、渡辺咲子『刑事訴訟法講義(第6版)』(2012年)58頁、酒巻匡「供述証拠の収集・保全(2)」法学教室288号(2004年)70頁、川端博=辻脇葉子『刑事訴訟法(新訂版)』(2007年)86頁〔辻脇葉子〕、加藤・前掲注8)85頁、木藤繁夫「任意捜査の限界と実質的逮捕の始期」警察学論集34巻1号(1981年)163頁、頃安健司「任意捜査と自由の制限」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系(5)刑事手続I』(1983年)162頁、河村博『公判に強い捜査実務101問(改訂第4版)』(2009年)92頁、佐々木=猪俣・前掲注21)97頁〔佐々木正輝〕など。そうだとすれば、ここでは、逮捕の目的は取調べにあることが暗に前提として認められていたようにも見える。仮に、逮捕の目的は被疑者の逃亡や罪証隠滅の防止にあると考えるのであれば、この点との整合性も問われることになろう。少なくとも、逮捕の目的は被疑者の逃亡や罪証隠滅の防止にあると考える限り、被疑者の任意同行が身柄拘束と評価される事態に至ったとしても、実質的に逮捕がなされたものとの評価を与えることは困難といわざるを得ないように思われる。

- 46) なお、関連して、従来から、学説上、逮捕・勾留という身柄拘束処分の対象になっている被疑者につき、取調べのための出頭・滞留義務、すなわち、取調べ受忍義務の肯否という問題が議論されている。この点、身柄拘束中の被疑者については、刑訴法198条1項但書を反対解釈することにより、取調べ受忍義務を肯定するのが素直な解釈の有り様であり、また、このように解することによって、逮捕・勾留は取調べを目的とするものであるとの上記理解とも理論的整合性を取ることが可能になるものと思われる。もっとも、これに対しては、取調べ受忍義務と供述拒否権(黙秘権)の保障(刑訴法198条2項、憲法38条1項)との整合性といった観点からの疑問もあり得よう。すなわち、取調べ受忍義務を課すことは、供述拒否権(黙秘権)を侵害し、供述拒否権(黙秘権)の保障と抵触するというのである(平野・前掲注18)106頁、平野龍一『刑事訴訟法概説』(1968年)70頁、白取・前掲注8)181頁、三井・前掲注15)132-133頁、渡辺①・前掲注8)99頁、渡辺②・前掲注8)68頁、上口・前掲注8)118頁、熊本・前掲注42)192頁、高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』(2003年)98頁、田宮・前掲注1)131頁、田口・前掲注14)121頁、安富・前掲注1)202頁、鈴木④・前掲注5)69-70頁、光藤・前掲注14)98-99頁、福井・前掲注1)177頁、福井編・前掲注21)104頁〔山田直子〕、椎橋編・前掲注8)105頁〔洲見光男〕、椎橋編・前掲注36)59頁〔滝沢誠〕、水谷・前

掲注 15) 80 - 81 頁、後藤・前掲注 41) 152 頁、山本ほか・前掲注 42) 64 頁〔松田岳士〕、井上・前掲注 18) 118 頁、村井編・前掲注 8) 52 頁〔大出良知〕、平川・前掲注 6) 227 頁、渕野貴生「被疑者取調べの課題」法律時報 79 卷 12 号 (2007 年) 44 頁、庭山=岡部編・前掲注 33) 74 頁〔徳永光〕、黒木忍=川端博編『刑事訴訟法』(1993 年) 62 頁〔山田道郎〕など)。しかしながら、取調べ受忍義務を課すか否かという問題と、供述拒否権 (黙秘権) を侵害するか否かという問題は別個の問題であり、理論的には明確に区別すべきものであって、身柄拘束中の被疑者に取調べ受忍義務を課したとしても、そのことから直ちに、供述拒否権 (黙秘権) を侵害するとの帰結が導き出されるわけではないはずである。このように考えると、取調べ受忍義務と供述拒否権 (黙秘権) の保障との整合性といった観点からの疑問は成り立ち得ないというべきであろうと思われる。なお、取調べ受忍義務の肯否については、拙稿「在宅被疑者の取調べの許容性について (2・完) —その違法性の実質に関する議論を中心に—」横浜国際経済法学 19 卷 2 号 (2010 年) 41 - 43 頁も参照。